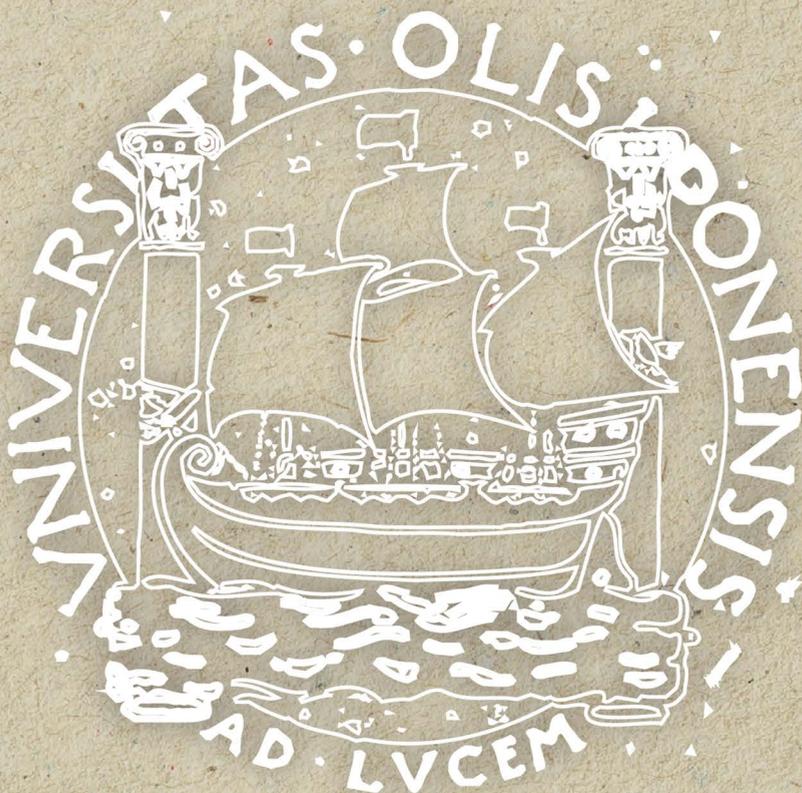


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd'hui

A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje

Jean-Louis Halpérin*

Résumé: La notion de personne vulnérable est, en droit français, une catégorie récente du droit pénal. Cet article s'interroge, dans la longue durée depuis le Code Napoléon, sur la présence ou non d'une protection des personnes vulnérables dans le droit civil des contrats. Alors que le Code Napoléon, la législation du XIX^e siècle et de la Première Guerre mondiale font apparaître une attention à l'égard des personnes vulnérables sans grandes conséquences sur les contrats civils, les développements du droit de la consommation depuis les années 1970 ont apporté de profondes modifications au droit des contrats, tout en diluant la catégorie des personnes vulnérables.

Mots-clés: droit français; droit criminel; droit civil; droit du consommateur; personnes vulnérables.

Resumo: A noção de pessoa vulnerável é, no direito francês, uma categoria recente do direito penal. Este artigo interroga-se, a longo prazo desde o Código Napoleão, sobre a presença ou não de uma proteção das pessoas vulneráveis no direito civil dos contratos. Enquanto o Código Napoleônico, a legislação do século XIX e da Primeira Guerra Mundial revelam uma atenção relativamente às pessoas vulneráveis sem grandes consequências sobre os contratos civis, a evolução do direito do consumo desde a década de 1970 introduziu profundas alterações no direito dos contratos, diluindo simultaneamente a categoria das pessoas vulneráveis.

Palavras-chave: direito francês; direito criminal; direito civil; direito do consumo; pessoas vulneráveis.

Sommaire: 1. Introduction: du droit pénal contemporain à une histoire de la protection civile des personnes en situation de vulnérabilité; 2. Quelle protection pour les personnes vulnérables avant l'avènement du droit des consommateurs?; 2.1. Des manifestations anciennes de la justice commutative?; 2.2. Une attention grandissante aux plus faibles à partir de 1848?; 2.3. Les premiers progrès de la solidarité sociale; 2.4. L'aide aux victimes de la Première Guerre mondiale; 3. Les victimes de la société de consommation, nouvelles

* Professeur à l'École normale supérieure-PSL.

personnes vulnérables? 3.1. Les lois des années 1970: entre le secours aux personnes vulnérables et la protection de l'ensemble des consommateurs; 3.2. La lutte contre le surendettement, de la vulnérabilité à l'exclusion; 3.3. Tous consommateurs vulnérables?

1. Introduction : du droit pénal contemporain à une histoire de la protection civile des personnes en situation de vulnérabilité

La notion de « personne vulnérable » apparaît aujourd'hui dans le Code pénal français, promulgué en 1992, comme une circonstance aggravante tenant à la qualité de la victime, en cas de meurtre (art. 221-4), de torture ou d'actes de barbarie (art. 222-3), de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 222-8), de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité (art. 222-10), de violences ayant entraîné une incapacité de plus de 8 jours de travail (art. 222-12), ou de viol (art. 222-24)¹. Dans tous ces cas, la peine est plus lourde quand la victime est « une personne d'une particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse », à condition que cette vulnérabilité soit connue de l'auteur du crime. Après l'introduction, à la fin du XIX^e siècle, et les progrès continus jusqu'à nos jours, de l'individualisation des peines en fonction de la qualité, de primo-délinquant ou de récidiviste, de l'auteur, la prise en compte de la faiblesse particulière de certaines victimes est allée au-delà de la traditionnelle protection des mineurs.

En même temps le Code pénal de 1992 a introduit un nouveau délit d'« abus de faiblesse », dont l'auteur peut être condamné jusqu'à trois ans de prison. L'infraction consiste dans « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur » (article 223-15-2 du Code pénal²). On voit bien ici le rapprochement entre les mineurs (spécialement ceux de moins de 15 ans ayant des relations sexuelles avec un ma-

¹ Un précédent aux dispositions du nouveau code pénal se trouvait dans la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980, qui avait érigé la qualité de personne « particulièrement vulnérable » en circonstance aggravante du viol et de l'attentat à la pudeur.

² Le texte de l'ancien article 313-4 du Code pénal de 1992 a été modifié et transféré à l'article 223-15-2 du Code pénal avec quelques modifications issues de la loi du 12 juin 2001.

jeur) et les autres personnes vulnérables, vieillards, malades, handicapés physiques ou mentaux, femmes enceintes qui, pour des raisons différentes, peuvent se retrouver face à des gens malhonnêtes réclamant de l'argent ou des services indus ou, depuis une loi du 12 juin 2001, à des mouvements sectaires exerçant des pressions psychologiques sur leurs victimes.

Au-delà de ces mentions du droit positif français, limitées au droit pénal, la science du droit peut utiliser une catégorie de « personnes vulnérables » en s'interrogeant sur le concept plus large de victime appliqué à toute personne dont les droits ont été injustement lésés et qui, de ce fait, peut invoquer une créance fondée sur un préjudice. Par définition toutes les victimes sont vulnérables et se plaignent de lésions ou de blessures, au sens du latin *vulnera*, mais depuis une trentaine d'années les personnes dans une situation d'une « particulière vulnérabilité » avant même l'infraction sont davantage protégées parce qu'elles risquent de souffrir encore plus. « Nous ne sommes pas tous vulnérables par le même point » notait Sénèque (*De ira*, Livre III, chap. 10) à propos de la manière variable de ressentir les offenses en fonction de son point faible.

Ces personnes ne sont pas en mesure de « se protéger elles-mêmes » comme dit l'article 434-3 du Code pénal pour sanctionner celles et ceux qui ne dénoncent pas les mauvais traitements ou agressions sexuelles dont elles sont victimes. Comme la qualité de la victime doit être connue de l'auteur de l'infraction pour constituer une circonstance aggravante, il s'agit surtout de prévenir et, en cas d'échec de la prévention, de punir plus lourdement ceux qui s'attaquent intentionnellement à ces personnes faibles. Le ciblage de la victime est censé traduire une malignité accrue du délinquant. L'individualisation de la peine consiste à punir plus sévèrement l'agresseur ou l'escroc qui s'en prend à une personne âgée, malade, handicapée ou à une femme enceinte que celui ou celle commettant la même infraction à l'égard d'une victime « moins vulnérable ». La vulnérabilité ne fait pas l'objet d'une définition reposant sur des critères légaux d'âge ou d'atteinte physique ou psychique résultant d'une maladie ou d'un handicap : c'est aux juges de déterminer le seuil de la « particulière vulnérabilité ». La vulnérabilité est ainsi appréciée *in concreto* dans un rapport entre la victime et l'auteur de l'infraction qui peut également être une personne susceptible de vulnérabilité psychologique.

Cette reconnaissance récente de la vulnérabilité dans le droit pénal français ne doit pas empêcher de chercher, plus anciennement et dans le droit civil, la prise en compte de la faiblesse d'une personne à laquelle le législateur ou le juge veut remédier, pour ne pas créer un avantage indu en faveur de celui ou de celle qui exploite cette faiblesse. Dans la langue juridique française du XIX^e siècle, l'adjectif « vulnérable » était attaché à des théories ou à des auteurs de la doctrine dont on

voulait mettre en valeur les insuffisances (on disait d'un système d'arguments qu'il était « vulnérable ») et non pas à des personnes risquant d'être abusées par d'autres³. Pour autant, le soutien de la partie faible n'était pas ignoré de la réflexion sur le droit civil des contrats, notamment au XX^e siècle. Il s'agit ici d'une approche qui s'est particulièrement développée ces dernières décennies, notamment au travers de l'influence du droit de la consommation sur le droit civil et sur le droit pénal. C'est la loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile qui la première a créé un délit, spécifique à cette matière, d'abus de faiblesse et d'ignorance de la part d'un professionnel de la vente à domicile à l'égard d'un consommateur.

En suivant une démarche historique, cet article se propose d'analyser, dans la longue durée, la protection par le droit français du contractant considéré comme « vulnérable », même quand ce terme n'est pas explicitement utilisé. Après avoir examiné quels précédents peuvent être invoqués en faveur de cette protection avant 1945 (2), nous verrons que le droit de la consommation a étendu, mais aussi dilué, cette protection des contractants vulnérables depuis les années 1970 (3).

2. Quelle protection pour les personnes vulnérables avant l'avènement du droit des consommateurs ?

Le Code Napoléon est fondé, en 1804, sur le principe de l'égalité juridique, du moins entre Français : « Tout Français jouira des droits civils » affirme l'article 8 du *Code civil des Français* (pour lui donner son titre original en 1804). Il n'est guère question des statuts sociaux dans le Code. Une des rares exceptions figure, jusqu'en 1868, dans l'article 1781 sur le « louage d'ouvrage et d'industrie », l'ancêtre du contrat de travail. En disant que « le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages », cet article oppose le maître à celui ou à celle qui loue sa force de travail, jugeant de manière irréfragable que la parole du premier vaut mieux que celle du second. À l'article 1384 du Code civil (aujourd'hui 1242 mais avec le même contenu), les « maîtres » et les « commettants » sont rendus responsables des dommages causés par leurs « domestiques » et leurs « préposés » dans l'exercice de leurs fonctions. Dans ce cas l'inégalité de statut social joue en défaveur des patrons ou employeurs qui doivent assumer l'indemnisation des

³ Par exemple C. DEMOLOMBE, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Durand & Pédone, Hachette, Paris, 1869, p. 469.

victimes de ceux qu'ils emploient. Il est, cependant, possible de trouver dans le Code Napoléon quelques traces de la protection des contractants les plus faibles en dehors de ces références explicites à des positions sociales, avant que ce souci des personnes vulnérables ne se développe à la faveur de la révolution de 1848, puis de la Première Guerre mondiale.

2.1. Des manifestations anciennes de la justice commutative ?

S'il n'y avait plus rien, dans le droit français issu de la Révolution, rappelant la protection du droit canon pour les *miserabiles personae* (déjà sous l'Ancien Régime, la France ne connaissait pas l'institution de l'avocat des pauvres présente dans des pays voisins), faut-il en conclure que le Code Napoléon, « code bourgeois », ait été indifférent à la protection des plus faibles ? On ne s'attardera pas sur l'emploi de l'expression « sexe faible » pour les femmes, même s'il est question (par exemple pour renoncer à une communauté obérée) des « droits du plus faible », tant le code traitait inégalement la femme mariée par rapport au mari, y compris en présence d'un contrat de mariage prévoyant la séparation des biens. C'est la situation des contractants en général qui nous intéressera. Les rédacteurs du code envisageaient la liberté contractuelle du point de vue de personnes capables – des majeurs éduqués et propriétaires – qui devaient gérer leurs affaires et protéger leurs intérêts sans que la loi leur vienne en aide en cas de rapport asymétrique avec un autre contractant. Toutefois, une vive discussion avait eu lieu entre les rédacteurs sur la question de la lésion, avant qu'il ne soit décidé au sein du Conseil d'État de n'admettre celle-ci, selon les règles du droit romain, qu'en faveur du vendeur d'immeubles ayant vendu à moins de sept douzièmes du prix du marché (art. 1674, une hypothèse qui allait se révéler rapidement rarissime) ou du mineur (art. 1305). Il était question néanmoins que la « loi protège la faiblesse de l'âge »⁴, le but étant sans doute de préserver le patrimoine de mineurs fortunés plutôt que de protéger les mineurs obligés de travailler. Pour la lésion entre majeurs, alors que Portalis était prêt à admettre l'action de l'acheteur de l'immeuble à un prix excessivement élevé, Berlier (inspiré par la lecture de Thomasius) s'opposa à la remise en cause des contrats sur une allégation de lésion de la part de l'une des parties : c'est à la « raison des majeurs » de veiller à leurs intérêts propres dans les contrats⁵. Fidèle à la conception héritée de la doctrine d'Ancien Régime,

⁴ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Au Dépôt, rue Saint-André des Arcs, Paris, 1827, volume XIII, p. 372.

⁵ *Ibid.*, p. 108 et volume XIV, p. 36.

notamment de Domat et de Pothier, d'un contrat fondé sur la justice et ayant une « cause » dans l'équilibre des prestations, Portalis n'était pas hostile à l'idée de venir en aide à des personnes que l'on qualifierait aujourd'hui de vulnérables (un terme qui n'était pas dans le vocabulaire des rédacteurs du Code Napoléon). Évoquant le cas des vieux, des infirmes, des personnes habitées par une passion comparable à la démence, que leur « faiblesse » rendait susceptibles d'abus, Portalis s'interrogeait : « Ne faut-il pas protéger les hommes non seulement contre les autres, mais encore contre eux-mêmes ? »⁶. Si Portalis avait fini par renoncer à protéger l'acquéreur d'immeubles dans la lésion et s'il affirmait qu'on « est toujours présumé dans l'aisance quand on fait une acquisition »⁷, il continuait néanmoins à refuser que « le plus fort » fasse la loi « au plus faible » et à vouloir empêcher qu'on profite dans un contrat de la « misère d'un homme et de son état de détresse »⁸. L'argument de l'abus de faiblesse est également utilisé pour condamner la société léonine⁹.

À l'égard du prodigue qui dépense sans compter, les rédacteurs du Code civil se montrent moins sévères que l'ancien droit (où il était facile pour les parents d'obtenir une lettre de cachet contre les fils dissipateurs) en prévoyant en principe l'assistance d'un conseil judiciaire (art. 513). Mais la faiblesse du prodigue faisant surtout craindre le « dérèglement des mœurs » et la ruine de grandes fortunes laissées dans les mains d'incapables, les familles n'hésitèrent pas à demander aux juges l'interdiction des prodigues pour « imbécillité » (art. 489 du Code civil). C'est seulement à la fin du XIX^e siècle que les juges ont paru plus sensibles à la défense de la liberté de ces héritiers dépensiers et plus méfiants à l'égard des visées intéressées de la famille¹⁰. Plus généralement, l'article 1162 du Code civil affirme que, dans le doute, une convention s'interprète contre celui qui a stipulé (le créancier) et en faveur de celui qui a contracté (le débiteur). Il est aussi question d'empêcher un homme faible de souscrire un billet à ordre qui serait un blanc-seing rédigé en fait par le créancier¹¹. Dans la procédure judiciaire de résolution des contrats, il est permis aux juges, en application de l'article 1184, de laisser un délai au débiteur défaillant. En vertu de l'article 1244 du Code civil, les juges pouvaient, « avec une

⁶ *Ibid.* vol. XIV, p. 140.

⁷ *Ibid.* vol. XIV, p. 145.

⁸ *Ibid.* vol. XIV, p. 145 et 147.

⁹ *Ibid.* vol. XIV, p. 375.

¹⁰ A. GOTMAN, « Le prodigue saisi par le droit », *Idées économiques et sociales* 2011/2, n° 166, pp. 24-30.

¹¹ P.-A. FENET, *op. cit.*, vol. XIII, p. 384.

grande réserve » accorder des « délais modérés » pour le paiement « en considération de la position du débiteur » : ces termes restrictifs laissaient une certaine latitude aux juges, les voies de recours pour les créanciers étant peu opérantes en la matière.

Cela suffit-il pour affirmer, comme l'a fait James Gordley, que les rédacteurs du Code civil restaient attachés aux théories héritées de Saint Thomas sur la justice commutative dans les contrats et que l'individualisme libéral n'a conduit à un changement, dans l'interprétation des articles du Code Napoléon, que dans les premières décennies du XIX^e siècle¹² ? S'il y a d'indéniables traces d'une inflexion individualiste dans la lecture des articles du Code civil sur la propriété, comme l'a montré Alfons Bürge¹³, nous continuons à penser que le droit contractuel du Code Napoléon, souvent éloigné des idées spiritualistes de Portalis et plus proche du pessimisme anthropologique des autres rédacteurs¹⁴, est fondé sur l'intérêt et peu ouvert à la prise en compte de la faiblesse de l'un des contractants. Ce n'est pas par un oubli des principes inspirant le Code Napoléon que ses commentateurs du XIX^e siècle ont été indifférents au sort de la partie faible dans les contrats. Le respect des promesses s'imposait sur la base d'une croyance dans le caractère raisonnable de contractants envisagés comme des propriétaires avisés et non comme des personnes vulnérables. Seul un juriste républicain et isolé comme Émile Acollas s'inquiétait, en 1869, du déséquilibre dans les rapports contractuels entre le patron et l'ouvrier, celui-ci ayant besoin du travail pour vivre et étant prêt à accepter par un contrat, la plupart du temps oral, la soumission à un règlement d'atelier qu'il n'avait pas discuté ainsi que de longs horaires de labeur contre un très petit salaire. Mais le même Acollas, partisan de « l'autonomie de l'individu », considérait qu'il valait mieux pour l'ouvrier de travailler dans ces conditions difficiles plutôt que de chômer et de mourir¹⁵.

C'est du côté du droit de la responsabilité qu'il faut trouver, à notre avis, une attention des rédacteurs du Code Napoléon et des juges qui l'ont appliqué à l'égard de victimes qui souffraient de dommages dans leurs personnes ou dans leurs biens, que l'on peut là aussi considérer comme « vulnérables » dans notre vocabulaire d'aujourd'hui. Le Code Napoléon innovait par sa fameuse clause

¹² J. GORDLEY, « Myths of the French Civil Code », *American Journal of Comparative Law* 1994, 42/3, pp. 459-505, notamment p. 476.

¹³ A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2^e éd., 1995.

¹⁴ X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon*, Dominique Martin Morin, Bouère, 2003.

¹⁵ É. ACCOLLAS, *Manuel de droit civil*, Ernest Thorin, Paris, 1869, vol. II, p. 720.

générale de l'article 1382, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Destinée à protéger les propriétaires contre les atteintes aux biens, cette clause a servi aussi, avec l'aide de juges, à indemniser les personnes « infortunées », c'est-à-dire atteintes dans leurs fortunes ou leurs « propriétés de tout genre ». Selon le rapport de Bertrand du Greuille au Tribunal, « la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre ». Les moyens sont donnés au lésé d'obtenir la réparation de ses pertes, y compris par la responsabilité des pères et mères pour les dommages causés par leurs enfants ou celle des commettants pour les dommages causés par leurs préposés¹⁶. Le discours du tribun Tarrible devant le Corps Législatif parle certes de la conservation des propriétés « depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif », mais évoque aussi les lésions corporelles « depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure »¹⁷. On pourra objecter que les coûts de la procédure civile (avec jusqu'à la fin du XIX^e siècle de lourds impôts pour l'enregistrement les droits de greffe) et la nécessité de faire la preuve de la faute, intentionnelle ou d'imprudence, du responsable devaient décourager nombre de victimes modestes d'agir en justice. Pourtant, la jurisprudence sur les accidents du travail montre que, bien avant la loi de 1898 sur l'indemnisation forfaitaire des ouvriers victimes par leur patron, les juges français se montraient plutôt enclins à venir en aide aux travailleurs blessés ou à leurs héritiers qui réclamaient une indemnisation pour la mort d'un chef de famille appartenant aux classes populaires. L'acculturation rapide de la clause générale de l'article 1382 du Code civil a pu susciter un mouvement d'empathie des magistrats pour les parties faibles dont la souffrance venait s'ajouter à la misère.

2.2. Une attention grandissante aux plus faibles à partir de 1848 ?

En 1848, la Deuxième République ajoute la fraternité à la devise républicaine en même temps qu'elle consacre le suffrage universel masculin et cherche, un temps, à venir en aide aux ouvriers en chômage. La répression des journées de juin 1848 à Paris met un terme à ces velléités de développement d'un droit en faveur des ouvriers et l'assemblée conservatrice élue en 1849, avec une majorité du « parti de l'Ordre », entendait bien conserver le pouvoir de la bourgeoisie face aux revendications populaires. Pourtant, cette même assemblée est à l'origine de deux lois importantes, en

¹⁶ P.-A. FENET, *op. cit.*, vol. XIII, pp. 474-477.

¹⁷ *Ibid.* volume XIII, p. 488.

apparence destinées à venir en aide aux « plus faibles », en fait destinées à contenir les mouvements populaires par quelques concessions faites aux plus pauvres. Il s'agit d'abord de la loi d'assistance judiciaire du 22 janvier 1851. Reprenant des idées qui étaient dans l'air à la fin de la Monarchie de juillet à la suite de la publication d'un livre du magistrat Du Beux sur l'avocat des pauvres en Sardaigne et dans plusieurs pays d'Europe (1847) et des rapports à l'Académie des sciences morales et politiques de Beaumont et Vivien sur l'accès des plus pauvres aux tribunaux, celle loi permettait d'assurer une exemption des frais de justice (la représentation par un avoué et éventuellement la défense par un avocat étaient laissées à l'initiative charitable de ces deux professions) aux indigents sans revenus à condition de faire vérifier le sérieux de leur action par un bureau d'assistance judiciaire et de les orienter prioritairement vers la conciliation avec l'autre partie¹⁸. Les personnes visées par les inspireurs de la loi étaient des hommes (les sujets masculins étaient le plus souvent visés, même si Vivien avait évoqué la figure de la femme battue par son mari) privés de ressources qui revendiquaient néanmoins leurs droits en vertu d'un contrat ou d'un dommage. On pouvait donc parler là encore de personnes vulnérables, même si le terme n'était toujours pas employé dans les discussions parlementaires. Contrairement à ces attentes, la loi fut surtout utilisée par des femmes demandant la séparation de corps contre des maris qui les battaient ou les abandonnaient¹⁹. En l'absence d'action en divorce, supprimée en 1816 et rétablie seulement en 1884, c'était une autre catégorie de personnes vulnérables qui était assistée par cette loi. Malgré ses ambitions limitées, il s'agissait aussi du premier grand texte législatif luttant en Europe contre l'exclusion des plus pauvres de la justice civile.

La seconde loi était celle des 27 mars-1^{er} avril 1851, tendant à la répression plus efficace de certaines fraudes sur la vente des marchandises²⁰. Selon le rapport du député Riché, il s'agissait de défendre la société contre une espèce de vol de la part de vendeurs cupides qui trompaient leurs clients sur les caractères des marchandises destinées à des usages domestiques. Ces tromperies sur des aliments et des boissons, pouvant entraîner des effets nuisibles à la santé, se faisaient au détriment des « classes les moins opulentes », alors que la valeur nutritive des aliments était particulièrement importante pour les travailleurs : « c'est surtout contre le pauvre que l'on abuse de la dépendance où le retient le crédit qu'on lui accorde ».

¹⁸ S. SCHAFER, « L'assistance judiciaire et l'étranger civil (1850-1851) », *Sociétés et Représentations*, 2014-2, n° 38, pp. 203-223.

¹⁹ B. SCHNAPPER, « De la charité à la solidarité sociale : l'assistance judiciaire française, 1851-1972 », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Legal History Review*, 52, 1984, pp. 105-150.

²⁰ J.-B. SIREY, *Lois annotées*, 1851, IV, 17-19 avec le rapport Riché.

Riché parlait aussi de marchands qui soudoyaient la complaisance des domestiques des maisons riches et, de manière plus regrettable encore, qui exploitaient « l'ignorance ou la timidité des enfants qui vont souvent faire des achats pour les petits ménages ». La « générosité française » et l'humanité devaient se montrer plus sensibles à la tromperie du pauvre qu'à la duperie du riche, sans négliger pour autant la défense des produits français de luxe vendus à l'étranger. La commission de l'Assemblée avait limité la loi aux marchandises alimentaires et médicamenteuses, en donnant les exemples des fraudes sur le pain et le sel, le beurre, le café et la chicorée, ainsi que le non-respect de l'ordonnance de 1841 sur la coloration des bonbons. Le rapporteur évoquait aussi les différents remèdes qui devaient être apportées à cette triste situation : la diminution du nombre des « intermédiaires entre le producteur et le consommateur » pourrait éviter les fraudes, la multiplication moins grande des ventes à crédit réduirait ce type d'usure s'imposant au « consommateur ». Il fallait pour cela des inspecteurs sur les marchés, mais surtout de pénalités qui renforçaient les dispositions trop restreintes du Code pénal de 1810 : des peines de contravention à l'article 475 14° et des peines délictuelles seulement pour la vente des boissons falsifiées et nuisibles à la santé selon l'article 318. Le législateur voulait aussi remédier aux limites de l'article 423 Code pénal qui ne sanctionnait pas la fraude sur la qualité et s'appliquait difficilement aux mélanges.

Le rapport Riché paraît plein de commisération pour les plus pauvres victimes de ces fraudes : « prendre la tutelle du pauvre trompé, c'est encore, pour la société, une mesure d'assistance publique ». Pour faciliter la répression pénale et permettre de prouver la mauvaise foi du fabricant ou commerçant, la police pourrait « explorer inopinément les cuisines de restaurants suspects » : toujours selon Riché, « si la vie privée doit être murée, le magasin, dont les ventes intéressent la santé publique et le bien-être quotidien des citoyens les plus nombreux, doit être de verre », il faut rendre un service aux commerçants honnêtes et attaquer les fraudes qui touchent les « classes qui peuvent le moins se défendre de la tromperie ». Toutes ces expressions évoquent les problématiques du droit des consommateurs dans les dernières décennies du XX^e siècle, même si le paternalisme à l'égard des ouvriers (dont les enfants ne pouvaient se payer des bonbons) est trop bien intentionné pour être réellement convaincant. Pourtant la loi en neuf articles n'utilise pas le terme de consommateurs et ne réforme que le droit pénal, sans prévoir de sanctions civiles.

2.3. Les premiers progrès de la solidarité sociale

Pendant la seconde moitié du XIX^e siècle et jusqu'à la Première Guerre mondiale, la protection des personnes vulnérables n'a apparemment pas de place, en

tant que telle, dans la législation française en dehors des domaines spécialisés de la protection des ouvriers et des enfants (à la fois au travail et comme victimes des abus de la puissance paternelle sanctionnés pénalement à partir de 1889). Aucune intervention législative spécifique ne vient au secours de la partie faible dans les rapports contractuels et plus généralement dans les rapports d'obligation. Il n'a pas d'équivalent en France à la loi de 1877 pour les territoires autrichiens en Galicie, Bucovine et en Pologne destinée à lutter contre les ravages de l'usure à l'égard de personnes inexpérimentées ou surexcitées par l'alcool, ni à la loi allemande de 1880 qui punissait aussi l'exploitation abusive des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience de l'emprunteur ou encore aux lois allemandes de 1894 et 1896 sur les ventes à tempérament interdisant les clauses abusives dont étaient victimes des acheteurs de revenus faibles ou moyens. Aucune évolution du droit français de cette époque n'est allée dans le sens du § 138.2 du Code civil allemand (BGB) qui déclare nul un acte juridique comportant une lésion subjective du fait de l'utilisation de la contrainte, de l'inexpérience, de l'état de nécessité ou de la faiblesse de l'une des parties. Pour garantir les droits des consommateurs, la législation française reste exclusivement orientée vers la répression pénale des fraudes alimentaires avec la grande loi du 1^{er} août 1905²¹. Le Parlement français n'intervient pas non plus dans les rapports entre propriétaires et locataires pour venir au secours de ceux qui ne parviennent pas à payer leurs loyers dans des circonstances difficiles. Alors que le Gouvernement de la Défense nationale avait déclaré des moratoires pour les locataires parisiens pendant la guerre de 1870-1871, l'Assemblée nationale à majorité conservatrice décide, par une loi du 21 avril 1871, de limiter les réductions, pour trois termes uniquement, à ceux qui ont été privés matériellement de leur logement par sa destruction au cours des opérations militaires. Cette insensibilité à l'égard des souffrances de la population pauvre de Paris pendant le siège par les Prussiens fut une de causes de la Commune de 1871.

C'est plutôt dans la jurisprudence relative à la responsabilité civile qu'il faut chercher une attention aux victimes les plus démunies à la suite d'un dommage corporel, matériel ou moral. Certes l'essor de cette jurisprudence, sur la base de la clause générale de l'article 1382 du Code Napoléon, consista à reconnaître une réparation intégrale à toutes les victimes (y compris les plus fortunées) d'un comportement fautif. Pourtant, dans certains cas, l'abus de la faiblesse de la victime et la position particulière des personnes privées de tout revenu par un accident ne laissèrent pas les juges français indifférents. Sur la base des articles 2 et 3 du Code

²¹ J.-L. HALPÉRIN, « Quelle histoire pour le droit des consommateurs ? », *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2001, 1/2, pp. 62-80.

d'instruction criminelle autorisant à porter (par une plainte avec constitution de partie civile) devant la juridiction pénale la demande en réparation de la victime ou de ses héritiers (quand la victime était morte), les juges ont été sensibilisés à l'idée qu'une infraction et plus généralement une faute n'était pas seulement une contravention à la loi mais aussi une atteinte aux droits de la victime. On le voit dans le domaine des attentats à la pudeur ou des faits de séduction qui ne pouvaient pas facilement déboucher sur une condamnation pénale et encore moins sur une obligation imposée au séducteur d'entretenir l'enfant né d'une telle relation, en raison de l'interdiction de la recherche en paternité par le Code Napoléon. Dans un arrêt de 1832, la Cour de cassation justifie l'admission de la réparation civile décidée par une cour d'assises (alors même que le séducteur avait été acquitté au pénal) en faveur d'une jeune fille de 19 ans par le fait que l'agresseur avait abusé de sa « faiblesse » et de son « isolement »²².

Venant au secours des accidentés du travail ou des transports, pour leur faciliter la preuve de la faute du patron ou du transporteur, les juges français de la seconde moitié du XIX^e siècle accordent des indemnités aux travailleurs mutilés incapables de subvenir à leurs besoins, aux veuves d'ouvriers tués qui dépendaient du petit salaire de leur mari, comme aux parents des classes populaires ayant dû payer des soins à un enfant blessé qui ne pourrait plus soutenir sa famille²³. Il n'est pas indifférent que la reconnaissance d'une responsabilité « sans faute » du fait des choses sur la base d'une interprétation audacieuse de l'alinéa 1 de l'article 1384 du Code Napoléon (évoquant le dommage résultant du fait des choses que l'on a sous sa garde) ait débuté, avec l'arrêt *Teffaine* (1896), dans une affaire d'indemnisation de la veuve d'un marin tué dans l'explosion de la chaudière d'un remorqueur²⁴. De même, dans le contentieux portant sur les accidents de transport de personnes et concernant surtout les accidents de chemin de fer, la Cour de cassation a fait porter son arrêt de principe en 1911 sur une affaire opposant un sujet colonial (qui ne naviguait pas dans une cabine de luxe, mais avait été blessé par un fût mal arrimé) à la Compagnie transatlantique : l'obligation de sécurité était ainsi consacrée dans un litige opposant une partie faible à une puissante société²⁵.

²² Crim. 5 mai 1832, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1832, p. 246.

²³ Req. 28 novembre 1855, *D (Recueil Dalloz)* 1856, 1, 56 ; Rennes 17 février 1905, *D.* 1906, 2, 79 ; Bordeaux 30 novembre 1881, *S. (Recueil Sirey)* 1882, 2, 183.

²⁴ Civ. 16 juin 1896, *S.* 1897, 1, 17.

²⁵ Civ. 21 novembre 1911, *Zbidi Hamida ben Mahmoud c. Compagnie générale transatlantique*, *S.* 1912, I, 73.

Malgré cette attention des juges, il est difficile d'envisager une volonté délibérée de rééquilibrer tous les rapports d'obligation en faveur de la partie la plus faible. Quand Saleilles invente, en 1911, la notion de contrats d'adhésion, il évoque bien les ouvriers et les clients des compagnies de chemin de fer amenés à accepter des contrats qu'ils n'ont pas négociés et dont le contenu résulte de la volonté unilatérale de la partie la plus forte, le plus souvent une société de capitaux. Mais il s'agit seulement, dans l'esprit de ce civiliste et catholique social attentif à la condition des ouvriers et des femmes, de proposer d'interpréter ces contrats comme une loi et non comme le résultat d'une « volonté moyenne » commune entre les deux parties. Nulle part Saleilles ne propose de réviser ces contrats pour rééquilibrer les prestations au profit de la partie la plus faible²⁶.

Il faut chercher aussi, dans la législation sociale de la Troisième République, l'expression d'une solidarité croissante à l'égard des personnes vulnérables. La France d'avant 1914 n'a pas connu un système d'assurances sociales comme celui établi en Allemagne à l'initiative de Bismarck à partir des années 1880. De même que la législation de 1898 sur les accidents du travail ne rendait pas obligatoire l'assurance des patrons présumés responsables des accidents arrivés à leurs ouvriers, la loi de 1910 sur les retraites avait une portée très modeste en raison de très petites pensions versées à une infime minorité d'ouvriers qui dépassaient 65 ans et de la jurisprudence de la Cour de cassation qui rendit facultative l'adhésion fondée sur une cotisation prélevée sur le salaire. En revanche, les lois du 17 juillet 1893 et 17 juillet 1905 sur l'assistance médicale obligatoire (pour les communes avec l'aide des départements et de l'État) aux vieillards de plus de soixante-dix ans, aux incurables et aux infirmes dans un état d'indigence témoignait d'un réel souci de venir en aide aux personnes dans le besoin. Là encore les secours, organisés à domicile, étaient modestes et un des buts de cette loi était de prévenir la mendicité. Mais on peut y voir une forme du solidarisme prôné par Léon Bourgeois dans son ouvrage de 1896²⁷ : grâce à la fiscalité, (tardivement réformée en 1914 par la création de l'impôt progressif sur le revenu) et donc aux contributions des plus riches, l'État décidait de venir en aide aux victimes de catastrophes naturelles, comme plusieurs lois le firent à la suite de tremblements de terre (1887, 1909) ou d'inondations (1904, 1910) dans certaines parties de la France, voire d'attribuer des crédits aux chômeurs (1908).

²⁶ R. SALEILLES, *La déclaration de volonté*, Pichon, Paris, 1901, p. 229-230.

²⁷ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin, Paris, 1896.

2.4. L'aide aux victimes de la Première Guerre mondiale

Avec la Première Guerre mondiale, un élan de solidarité se manifesta rapidement à l'égard des personnes les plus touchées par la guerre, des familles de soldats tués au front aux victimes des destructions et aux personnes privées du revenu de leur travail. Dès le 5 août 1914 le Parlement décida de voter une loi organisant le paiement d'une allocation journalière aux familles dans le besoin dont le soutien (en général le père ou mari) était mobilisé. Bien que trop faible (1,25 franc par jour pour l'épouse et 50 centimes par enfant à charge, alors que 3 francs par jour était estimé comme le minimum vital), cette allocation était ciblée vers les personnes les plus vulnérables. Il n'en allait pas de même pour les pensions de guerre versées aux veuves dont le montant variait selon le grade du militaire tué, ce qui reproduisait les inégalités entre les familles relativement aisées d'officiers et les familles populaires des simples soldats. Après un élan de générosité privée des associations religieuses ou laïques en faveur des orphelins, le Parlement vota la loi du 24 juillet 1917 qui créait le statut inédit, et sans équivalent chez les autres bel-ligérants, de pupilles de la nation. Les orphelins étaient adoptés par l'État qui, sans les retirer à leur famille (si elle subsistait), apportait des secours en nature et contribuait aux frais d'éducation des orphelins, quand leur famille était trop pauvre pour les assister.

Toutes ces mesures ne concernaient cependant pas les contrats. Le Parlement décida seulement, par une autre loi du 5 août 1914, d'autoriser le gouvernement à suspendre par décret « les effets des obligations commerciales ou civiles, [et] toutes prescriptions ou préemptions en matière civile, commerciale et administrative ». Un décret du 14 août organisa un moratoire, c'est-à-dire la possibilité de reporter le paiement, des « petits loyers », selon des seuils variant d'une localité à l'autre (par exemple en dessous de 600 francs par an à Lyon)²⁸. Prolongée pendant toute la guerre, cette mesure venait clairement en aide aux personnes à petits revenus que l'on peut qualifier de « vulnérables ». Pour autant, les tribunaux judiciaires refusèrent de réviser les contrats pour imprévision²⁹, à la différence des juridictions administratives. En 1918, avant même que la guerre ne soit terminée, la loi « Failliot » du 21 janvier permit aux débiteurs de demander aux juges la résolution de contrats commerciaux conclus avant la guerre. Limitée aux contrats conclus entre commerçants, devenus trop onéreux pour les débiteurs (par exemple,

²⁸ Fr. ROBERT, « L'impact du moratoire et de l'encadrement des loyers (Lyon 1914-1926) », *Le Mouvement social* 2017/2, pp. 79-97.

²⁹ Paris 21 décembre 1916, *Dalloz périodique* 1917, 2, 33.

en raison de la raréfaction des matières premières) ou pouvant donner lieu à des spéculations de la part des créanciers (achetant des marchandises au prix de 1914 pour les revendre au prix beaucoup plus élevé de 1918), cette loi eut des effets restreints du fait d'une jurisprudence plutôt restrictive et ne s'attaquait pas aux conséquences (défavorables pour les créanciers) de l'inflation³⁰.

Le Gouvernement et le Parlement intervinrent également dans certains contrats de travail pour protéger les salariés, particulièrement les plus vulnérables, c'est-à-dire les femmes (dont beaucoup étaient mariées à des mobilisés et recevaient une allocation ou une pension insuffisante pour faire face aux dépenses minimales augmentées par l'inflation). Comme la plupart de ces ouvrières travaillaient pour des employeurs contractant avec l'État pour fournir des munitions ou des uniformes, le ministre de l'Armement, le socialiste Albert Thomas, s'appuya sur un décret de 1899 prévoyant la présence de conventions collectives entre employeurs et syndicats dans les cahiers des charges de ces contrats administratifs. Non seulement l'État fit de la négociation de ces conventions collectives une condition des contrats passés avec les entreprises, mais le Parlement vota deux lois imposant d'importants changements dans les contrats entre les entreprises textiles et les ouvrières, appelées familièrement « midinettes » et participant à des grèves notamment en 1917. La loi du 10 juillet 1916 imposa un salaire minimum pour les ouvrières travaillant à domicile, un salaire calculé à l'heure et non selon le nombre de pièces fabriquées. La loi du 11 juin 1917 généralisa le repos du samedi après-midi, qualifié de « semaine anglaise » par ses origines dans le week-end pratiqué outre-Manche, pour toutes les ouvrières. Si cette législation de guerre fut poursuivie par la conquête sociale de la journée de huit heures (loi du 23 avril 1919), il est notable que l'intervention dans les contrats de travail se fit d'abord en faveur des ouvrières, en particulier des midinettes qui étaient dans le besoin et subissaient l'emprise de sous-traitants, sans pouvoir négocier les conditions de leur emploi. Non seulement les contrats conclus étaient des « contrats d'adhésion » non négociés et généralement conclus oralement, mais ils échappaient pour une grande part à l'emprise du droit du travail. Alors même que le travail de nuit des femmes avait été interdit par une loi de 1892 et que la France avait été le premier pays à envisager la rédaction en 1910 d'un Code du travail (d'abord sous la forme d'un plan incomplet incorporant les lois ouvrières votées depuis les années 1870), le travail des femmes s'était développé au début de la Guerre de manière « anarchique »,

³⁰ C. DRAND, « La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la loi Failliot du 21 janvier 1918 : intangibilité des contrats et état de guerre », in : D. DEROUSSIN (dir.), *La Grande Guerre et son droit*, LGDJ, Paris, 2018, pp. 73-84.

sans respect des droits élémentaires des ouvrières, par exemple avec le recours au travail de nuit. La protection de ces ouvrières exploitées par certains patrons consista à faire rentrer dans le droit du travail des contrats qui résultaient plutôt d'une domination de fait.

Les contrats de bail à loyer furent les plus affectés par les circonstances de la guerre. Votée avant même la fin des hostilités, la loi du 9 mars 1918 concernait un très grand nombre de Français urbains qui étaient majoritairement locataires de leur logement. Cette loi accordait des facilités de paiement aux locataires victimes de la guerre, organisait une procédure devant des commissions arbitrales pour la réduction, voire la suppression, des loyers payés par les petits locataires, ainsi que la prorogation de tous les baux conclus avant août 1914 aux mêmes conditions jusqu'à la proclamation de la fin des hostilités. Cette loi sur les baux à loyers avait rencontré une longue opposition du Sénat qui considérait les propriétaires comme des expropriés ou des victimes de réquisitions ayant droit à une indemnité de l'État³¹. La Chambre des députés, avec une majorité de gauche souvent hostile à « l'avidité de propriétaires » (selon les paroles du député socialiste Jean Bon en février 1918³²), avait dû vaincre les résistances du Sénat face à cette intervention massive de l'État dans les relations contractuelles au profit des locataires et au détriment des propriétaires. Les partisans de cette loi reconnurent, d'ailleurs, que d'un « point de vue juridique », elle suscitait des « objections redoutables »³³. Des parlementaires réclamèrent une indemnisation des « nouveaux pauvres » que seraient devenus les « petits propriétaires », commerçants, artisans, voire ouvriers qui avaient acquis un logement à louer pour s'assurer une retraite et se voyaient privés des fruits de leur épargne³⁴.

La loi du 31 mars 1922, censée établir un retour vers le droit commun en 1925, fit des distinctions sur la prorogation des baux et la stabilité des loyers en fonction de la personne du locataire et du propriétaire. Du côté des locataires, les prorogations les plus longues étaient établies en faveur des mobilisés pendant la

³¹ Chambre des députés, *Journal officiel, Documents parlementaires*, 14 juin 1917, n° 3414 (sur l'état de la discussion entre députés et sénateurs à cette date) ; Sénat, *Débats*, 28 février 1918, rapport Henry Chéron, pp. 129-133.

³² Chambre des députés, *Journal officiel, Débats*, 21 février 1918, p. 544.

³³ Chambre des députés, *Journal officiel, Débats*, 13 septembre 1918, rapport Levasseur sur la modification de cette loi en septembre 1918, p. 2390.

³⁴ Proposition de loi Laurent, Chambre des députés, *Journal officiel, Documents parlementaires*, 29 juillet 1919, n° 6589, p. 2268. Les petits propriétaires étaient indemnisés dans la limite des 50 % de leurs revenus, il en allait de même pour les sociétés d'habitations à bon marché : Romain Gustiaux, « L'empreinte de la Grande Guerre sur le logement social en France (1912-1928) », *Revue d'histoire de la protection sociale* 2016/1, p. 17.

guerre payant un « petit loyer », tandis que du côté des propriétaires cette prorogation n'était pas opposable aux mutilés, aux veuves de guerre et aux ascendants avec des orphelins de guerre. Cette casuistique complexe donna lieu à un contentieux considérable et les loyers continuèrent à être encadrés par une succession de lois jusqu'à la fin des années 1930. Face au chômage, la majorité de gauche du Front Populaire vota la loi du 20 août 1936 qui réformait l'article 1244 du Code civil sur le sursis à paiement : les juges pouvaient désormais tenir compte de la « situation économique » pour accorder au débiteur « des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances », mais ne devaient pas dépasser un an³⁵. Loin d'instaurer un « droit de ne pas payer ses dettes », comme voulut le faire croire le civiliste Georges Ripert dans une chronique partisane très hostile aux mesures sociales du Front populaire (avec une allusion aux « cigales ayant chanté tout l'été » qui visait aussi l'instauration des congés payés)³⁶, cette réforme ne faisait qu'élargir le recours plus fréquent aux moratoires inauguré au début de la Première Guerre mondiale.

Dès le 26 décembre 1914, le Parlement français avait également inclus, dans une loi de finances, un article promettant une loi spéciale pour la réparation des dommages matériels résultant des faits de guerre (alors qu'en 1871 les sinistrés n'avaient eu droit qu'à la diminution de leurs impôts fonciers, Thiers affirmant qu'il ne connaissait pas de principe de solidarité nationale)³⁷. Une fédération des sinistrés fut établie et une commission nationale de réparation des dommages de guerre commença à travailler sous la présidence du doyen de la Faculté de droit Larnaude. Le choix d'un professeur de droit public témoignait du souci d'impliquer l'État dans de nouveaux mécanismes d'indemnisation des sinistrés s'appuyant sur des principes de responsabilité objective et de solidarité sociale qui s'étaient développés avant la Guerre dans la jurisprudence et la doctrine, tant en matière administrative qu'en matière civile³⁸. La discussion de la loi fut difficile avec trois débats successifs devant chacune des assemblées qui eurent de la peine à se mettre d'accord sur un texte transactionnel. La majorité de la Chambre des députés voulait imposer aux propriétaires d'immeubles détruits le emploi obligatoire des indemnités allouées dans la reconstruction des maisons ou des terres dévastées par

³⁵ Le délai fut porté à deux ans maximum par la loi du 11 octobre 1985, un demi-siècle plus tard.

³⁶ G. RIPERT, « Le droit de ne plus payer ses dettes », *Dalloz hebdomadaire* 1936, Chron. 57.

³⁷ R. ALHEINC, *De la réparation des dommages de guerre*, thèse droit Paris, 1919, pp. 3-9.

³⁸ G. RICHARD, « Peut-on dépasser le droit civil ? Les controverses juridiques autour de la réparation des dommages de guerre (1914-1919) », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 27 | 2014, mis en ligne le 1^{er} janvier 2017.

la guerre, au nom de la solidarité et de l'égalité des Français devant les charges de la guerre. Ce « droit social »³⁹, conférant aux sinistrés le rôle de « préposés de l'État » dans le retour à la situation antérieure à 1914 et utilisant l'indemnisation comme un moyen de redistribution des richesses (les dépenses mobilières somptuaires n'étant remboursées qu'à hauteur de 50 %) fut vivement contesté par le Sénat qui défendait la liberté des propriétaires et le secret de leurs affaires. Les sénateurs ne voulaient pas d'une « discrimination » (le terme, nouveau à l'époque, apparaît dans la discussion) entre les bons sinistrés participant à la reconstruction et les mauvais réfractaires préférant utiliser l'indemnité pour changer de domicile ou de profession⁴⁰. Le compromis réalisé entre les deux chambres (avec l'argument des dispositifs de réparation qui commençaient à être mis en place en Belgique et en Italie) accorda aux « indifférents » une indemnité minimale (sous forme de prêts) calculée selon la valeur du bien en 1914 (et très inférieure à la valeur de remplacement, compte tenu de l'inflation) et à ceux qui avaient à cœur de reconstruire leur « village » une indemnisation en argent permettant le remplacement du bien détruit.

La législation en faveur des invalides de guerre est également inspirée par la volonté d'une reconnaissance de la patrie et d'une aide fondée sur la solidarité sociale pour des personnes blessées (et donc vulnérables) du fait de la guerre. Dès 1916, une loi du 16 avril avait prévu de développer une procédure (déjà prévue par les lois militaires de 1905 et 1913 en faveur des militaires blessés ou dont le service sur les drapeaux avait dépassé le temps légal) réservant des emplois dans l'administration aux militaires invalides. Cette procédure, au départ très limitée, fut étendue par une loi du 30 janvier 1923 avec une priorité pour les blessés et invalides en ce qui concerne les emplois masculins et pour les veuves de guerre (et même les mères d'enfants mineurs qui avaient été les compagnes de militaires morts pendant la guerre) en ce qui concerne les emplois féminins⁴¹. Ces dispositions concernant la fonction publique ne relevaient toutefois pas d'un cadre contractuel, le recrutement s'effectuant par des épreuves de concours et devant aboutir à une titularisation comme fonctionnaire dans une « situation légale et réglementaire », selon l'expression consacrée pour la fonction publique française.

³⁹ R. ALHEINC, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰ Chambre des députés, *Journal Officiel, Documents parlementaires*, 4 avril 1919, n° 5946, p. 1116-1117 (rapport Eymond).

⁴¹ P. BETTE, « Reclassement des victimes de la Première Guerre mondiale : Le cas de la loi du 30 janvier 1923 sur les emplois réservés en France (1923-1939) », *Amnis* <http://journals.openedition.org/amnis/880>; DOI: <https://doi.org/10.4000/amnis.880> (consulté le 26 avril 2021).

Encore plus ambitieuse fut la loi du 26 avril 1924 qui établissait des quotas, jusqu'à 10% maximum dans les entreprises de plus de 10 salariés, en faveur de l'emploi d'invalides et/ou de veuves de guerre dans le secteur privé. Pour procurer de l'emploi à des invalides vulnérables, il s'agissait d'intervenir à plusieurs niveaux dans les contrats de travail conclus par les entreprises privées. L'intervention étatique dans le contrat de travail se situait, d'abord, au moment de l'embauche. Pour chaque poste de travail déclaré vacant au préfet et entrant dans le quota de 10 %, un office de placement devait, dans les huit jours, faire la proposition d'un candidat invalide pourvu d'un certificat de capacité professionnelle délivré par une commission présidée par le juge de paix et comportant un médecin, un membre élu des associations de mutilés de guerre, un ouvrier et un patron. La vérification de l'aptitude à l'emploi dépendait donc, en partie, d'un organisme indépendant de l'employeur, même si le texte voté avait atténué des propositions encore plus radicales sur la vérification des compétences des invalides⁴². Le refus du patron de prendre à l'essai le candidat ainsi présenté était porté devant une autre commission, d'une composition comparable, dont la décision était susceptible d'appel devant une troisième commission départementale. Cette gestion administrative de l'emploi s'étendait à la fixation du salaire : en principe, celui de l'invalide était le même que « le salaire normal de la profession et de la région », c'est-à-dire selon la loi du marché, mais sans possibilité de choix par l'employeur. Toutefois ce salaire pouvait être réduit, soit par accord des parties, soit par décision de la commission de contrôle, quand l'invalide se trouvait dans une « condition d'infériorité notoire par rapport aux ouvriers de la même profession ». Dans ce cas, le salaire pouvait être réduit de 20 %, voire de 50 %, en fonction de la capacité de travail de l'invalide. Ici la qualité de personne vulnérable se retournait contre les intéressés, certes assurés d'un emploi, mais payés « au rabais » en fonction même de leur invalidité. Il faut ajouter que ces invalides bénéficiaient, en cas de licenciement, d'un délai-congé plus long que celui prévu par le Code du travail et que les employeurs pouvaient se dispenser d'employer des invalides en payant, pour chaque poste dans le quota, une redevance (sorte d'amende) de 6 francs par jour, correspondant au salaire d'un journalier en 1914 mais à une valeur bien moindre dans les années 1920 du fait de l'inflation. Si plusieurs dizaines de milliers d'invalides furent bien employés, les quotas prévus ne furent jamais atteints et des employeurs trouvèrent des stratégies de contournement de la loi. Il n'en reste pas

⁴² C. OMNES, « La réinsertion professionnelle des pensionnés de guerre en France : la loi du 26 avril 1924. Un legs de la première guerre mondiale », *Revue d'histoire de la protection sociale*, 8 (2015-1), pp. 167-181.

moins que cette législation, reprise en faveur des victimes de la Seconde Guerre mondiale en 1946 et étendue à toutes les personnes handicapées en 1957, constitue un précédent dans le sens d'un traitement favorable, que l'on pourrait qualifier de discrimination positive, de personnes rendues vulnérables par leur sacrifice au service de la patrie.

3. Les victimes de la société de consommation, nouvelles personnes vulnérables ?

Il faut attendre deux décennies après la Seconde Guerre mondiale pour que, sous l'effet de la reconstruction puis d'une forte croissance économique, la France entre dans ce qu'on a appelé la « société de consommation ». Cette expression est le titre d'un célèbre ouvrage du philosophe Jean Baudrillard qui mettait en garde en 1970 contre les ravages de la consommation de masse, conduisant à la différenciation artificielle et à l'isolement des individus, rendus « vulnérables » à une stratégie publicitaire qui, en paraissant les exalter, les rendait « inconscients et inorganisés comme pouvaient l'être les ouvriers du début du XIX^e siècle »⁴³. Si cette analyse vient de l'extrême-gauche, les associations de consommateurs ont pu sensibiliser tous les partis politiques aux risques courus par des acheteurs mal informés face à certains professionnels utilisant la publicité comme un moyen de fraude. La loi de finances rectificative du 2 juillet 1963 (votée dans le contexte de l'introduction du droit européen de la concurrence qui s'en prenait aux abus de position dominante) avait complété la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes en sanctionnant pénalement toute publicité faite de mauvaise foi, comportant des allégations fausses ou induisant en erreur sur la nature, la composition, l'origine ou les caractéristiques d'un produit. L'interprétation stricte de ce texte pénal en limitait toutefois la portée. Non seulement il fallait prouver la mauvaise foi de l'entreprise faisant de la publicité mensongère, mais la jurisprudence prenait comme modèle un « consommateur moyen, normalement intelligent et attentif » qui pouvait être capable de prendre ses distances à l'égard d'une publicité emphatique ou jouant sur l'humour à une époque où les premières publicités télévisuelles faisaient souvent preuve d'originalité en France. L'idée d'un consommateur trop « vulnérable » était donc écartée, sous le prétexte que toute publicité aurait pu apparaître mensongère à des personnes trop naïves⁴⁴. Le développement de la légis-

⁴³ J. BAUDRILLARD, *La société de consommation*, Denoël, Paris, 1970, p. 99 et 122.

⁴⁴ V. WESTER-OUISSÉ, « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP* G 1999, I, 176.

lation lors des décennies suivantes allait montrer la même hésitation à désigner ou non les personnes les plus vulnérables dans la société de consommation.

3.1. Les lois des années 1970 : entre le secours aux personnes vulnérables et la protection de l'ensemble des consommateurs

Pour que la figure du consommateur vulnérable apparaisse sur la scène législative, il faut attendre deux propositions de loi présentées parallèlement en 1970 et 1971 sur le démarchage à domicile. La première, portée par le député Bertrand Denis en mai 1970, ancien directeur d'entreprise et membre du parti des républicains indépendants allié aux gaullistes, visait les abus de la vente à domicile touchant « une clientèle particulièrement vulnérable, car souvent mal informée et peu armée pour résister à l'insistance d'un démarcheur et apprécier en connaissance de cause la valeur objective de son argumentation commerciale ». Bertrand Denis parlait encore plus explicitement de « l'ignorance, de l'isolement, de la crédulité ou tout simplement de la timidité d'une personne âgée ou d'une mère de famille » prête à acheter n'importe quoi⁴⁵. La seconde proposition, émanant en 1971 du député gaulliste Michel Hoguet, dénonçait un certain nombre de démarcheurs, utilisant des méthodes agressives et mensongères, s'introduisant sous de faux prétextes au domicile des consommateurs et abusant « d'une clientèle d'autant plus vulnérable qu'elle est souvent choisie en fonction de son manque d'information et de sa crédulité »⁴⁶.

Les débats parlementaires, sur les deux propositions de loi fusionnées en une seule et soutenues par le Garde des sceaux René Pléven, mirent en avant la situation des victimes de ces démarcheurs à domicile sans scrupules : des « gens de condition modeste », « les éléments les plus vulnérables de la population : personnes âgées, femmes de milieux modestes », « des mères de famille qui n'ont pu résister à l'abondance verbale du monsieur bien mis et si persuasif », « de ces femmes qui, souvent, ont du mal à boucler la fin de mois et qui, en l'absence de leur mari au travail et pour avoir la paix, consentent finalement à signer des traites lourdes et nombreuses qu'elles ne pourront ensuite honorer », plus rarement des vieillards, des femmes seules, des parents d'élèves et d'étudiants (dans le sillage d'une loi du 12 juillet 1971 sur le démarchage à domicile pour l'enseignement à distance), des « jeunes ménages voulant tout avoir et tout de suite », voire des

⁴⁵ Rapport du sénateur Albert Chavanac, Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 avril 1972, n° 163, p. 5.

⁴⁶ Assemblée Nationale, séance du 18 octobre 1972, *Journal Officiel. Débats*, p. 4215.

« travailleurs immigrés »⁴⁷. Cette présentation genrée des rapports asymétriques entre V.R.P. (voyageurs et représentants de commerce, souvent opposés aux honnêtes artisans locaux, mais parfois présentés comme des salariés exploités par des patrons peu scrupuleux) et femmes au foyer (qualifiées de « ménagères », alors que l'emploi féminin progressait nettement) ne craignait pas de s'appuyer sur la rhétorique « sociale » et la « défense chevaleresque » du faible, de la veuve et de l'orphelin. Dans une analyse plus neutre, il était souligné que l'acheteur à domicile n'avait pas manifesté un véritable désir d'achat, qu'il (ou plutôt « elle » dans la bouche des parlementaires masculins participant aux débats) n'avait pas le choix entre plusieurs marques et se trouvait dépendant des seules informations données par le vendeur à domicile. Il fut aussi question de la situation difficile des gens du voyage, « en grande majorité analphabètes » et réputés incapables de rédiger un contrat, qui se livraient pourtant au démarchage à domicile⁴⁸.

Outre un délai de rétractation de sept jours accordé aux consommateurs pour ces contrats passés à domicile, la loi du 22 décembre 1972 créait un délit spécifique, punissable d'un à cinq ans de prison et/ou d'amende, pour tout « abus de faiblesse et d'ignorance d'une personne » qui avait conduit à lui faire conclure des engagements sans « déceler les ruses ou artifices » du démarcheur ou sous l'effet de la contrainte. L'article 7 de cette loi, qui introduisait l'idée d'une personne vulnérable par sa faiblesse ou son ignorance (des critères plutôt vagues) ne fit guère l'objet de discussions⁴⁹. Il semble qu'il fallut plusieurs années pour que ce texte soit utilisé et donne lieu à quelques arrêts de la Cour de cassation qui, sans cibler au préalable des personnes vulnérables en raison de leur âge ou de leur handicap, tenaient plutôt compte du contexte qui avait mis les victimes hors d'état de mesurer la portée de leurs engagements⁵⁰. Plus récemment, la jurisprudence a porté davantage sur des situations où les victimes étaient des personnes âgées.

Quelques années plus tard, le Parlement est saisi de deux projets de loi portés par Christiane Scrivener, secrétaire d'État à la consommation de 1976 à 1978 sous le mandat du président Giscard d'Estaing. Le premier de ces projets portait sur la

⁴⁷ Assemblée Nationale, séance du 2 octobre 1971, *Journal Officiel. Débats*, p. 4212 (rapport Jean-Claude Petit), 4123 (intervention de Claude Martin) ; rapport Chavanac déjà cité, p. 5 s'appuyant sur les plaintes déposées à l'Institut national de la consommation ; Assemblée Nationale, séance du 18 octobre 1972, *Journal Officiel. Débats*, p. 4223.

⁴⁸ Rapport Chavanac déjà cité, p. 14.

⁴⁹ Assemblée Nationale, séance du 2 octobre 1971, *Journal Officiel. Débats*, p. 4127.

⁵⁰ Crim. 26 février 1979, 78-92, 285 (à propos d'un démarchage à domicile pour du courtage matrimonial) ; *Rapport annuel de la Cour de cassation. Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 293-295.

protection et l'information des consommateurs dans les opérations de crédit et, sauf sur des amendements relatifs à des questions techniques, il n'a pas soulevé de grandes difficultés pour être voté le 10 janvier 1978 (loi n° 78-22). Le second, sur la protection et l'information des consommateurs, avait pour but de venir en aide au « contractant le plus faible » soumis au risque de « clauses abusives » dans des « contrats d'adhésion » (qui avaient fait l'objet d'une nouvelle thèse de doctorat en droit, celle de Georges Berlioz, en 1971)⁵¹. Il mettait en place à la fois un contrôle judiciaire des clauses entraînant un déséquilibre manifeste entre les contractants (contrôle aboutissant à l'annulation de la clause abusive, mais au maintien du contrat) et un contrôle réglementaire, par la voie de décrets interdisant certaines clauses à la suite des recommandations d'une commission spécialisée sur ce sujet. Les personnes visées étaient tous les particuliers (ou consommateurs) contractant pour leurs besoins personnels avec des professionnels. Il est frappant de constater comment, à quelques années de distance des débats de 1971-1972, il n'était plus question de cibler les ménagères, les vieillards ou les travailleurs immigrés. Il s'agissait au contraire de donner des droits à tous les consommateurs comme « agents économiques à part entière », en évitant les propos « misérabilistes »⁵². Les violentes critiques adressées au projet par l'ancien Garde des sceaux Jean Foyer, qui y voyait un « saccage du droit civil », ne font pas davantage mention de la protection de personnes vulnérables. C'est l'imprécision des notions de clause abusive et de déséquilibre manifeste entre les contractants qui est au cœur de la défense de l'autonomie de la volonté par Jean Foyer⁵³. Dans ce débat la référence aux personnes vulnérables a pratiquement disparu.

3.2. La lutte contre le surendettement, de la vulnérabilité à l'exclusion

Douze ans plus tard, alors que la gauche est arrivée au pouvoir et que débute le second septennat de François Mitterrand, un projet de loi relatif à la prévention et au règlement des difficultés liées à l'endettement des particuliers est présenté par Véronique Neiertz, secrétaire d'État chargée de la consommation⁵⁴. L'initiative

⁵¹ Sénat, rapport Jacques Thyraud, annexe à la séance du 13 octobre 1977, *Journal Officiel. Débats*, n° 10.

⁵² Assemblée Nationale, séance du 8 décembre 1977, discours de Pierre-Alexandre Bourson, *Journal Officiel. Débats*, p. 8462. En sens inverse, Gisèle Moreau, député communiste, insiste sur la pauvreté des ouvriers avec des petits salaires, p. 8463.

⁵³ *Ibid.* discours de Jean Foyer, p. 8466-8467.

⁵⁴ Sénat, procès-verbal du 4 juillet 1989, n° 485.

gouvernementale était justifiée par le doublement du crédit à la consommation au cours des quatre années précédentes, la France se joignant avec quelque retard au mouvement européen faisant du crédit un mode de vie courant pour les particuliers. Les difficultés de paiement apparaissaient croissantes, mettant plus de 200 000 « familles » dans une situation de surendettement (2 % des 10 millions de Français ayant recours au crédit), c'est-à-dire avec des échéances de remboursement dépassant plus de la moitié de leurs revenus mensuels (il n'était pas question de fixer un seuil précis, même si le pourcentage de 60 % était évoqué). Dans l'exposé des motifs du projet de loi il est question de « familles nombreuses à revenus modestes » poursuivies devant les tribunaux d'instance (le premier degré de juridiction pour les litiges de faible montant) pour des factures impayées (incluant souvent des loyers dus à des offices d'Habitations à Loyer Modéré, secteur clé du logement social en France). Outre les facteurs externes, liées à la maladie (au premier rang, dans 15 % des cas), au chômage, aux divorces ou aux accidents, cette situation était imputée aux professionnels qui multipliaient les ouvertures de crédit (dits de « trésorerie »), notamment sous la forme de cartes rechargeables, sans s'enquérir suffisamment des capacités de paiement des débiteurs (et alors que la désinflation alourdissait les charges de remboursement, notamment pour les emprunts immobiliers). S'il n'est pas question ouvertement de « vulnérabilité » des débiteurs, l'ignorance de leur situation véritable (montant des taux, durée, somme totale due) constituait un trait commun à une diversité de profils des surendettés. Plusieurs parlementaires ont distingué le surendettement « actif » de débiteurs imprévoyants (notamment des jeunes célibataires avec des emplois précaires se comportant comme des « cigales ») et le surendettement passif provoqué par un changement de situation du débiteur⁵⁵.

En tenant compte d'exemples étrangers, mais en inventant une procédure originale de traitement collectif des dettes non professionnelles de particuliers, il était proposé de créer des commissions départementales rattachées à la Banque de France examinant les dossiers présentés par les particuliers surendettés et recommandant des mesures d'allègement et d'étalement de la dette. Dans une seconde phase, à défaut d'accord conventionnel entre le débiteur et ses créanciers, le juge d'instance pouvait décider, pour la globalité des créances concernées, un réaménagement de la dette sur plusieurs années. Avec le soutien de professionnels du crédit et des associations de consommateurs, le choix avait été fait de ne pas

⁵⁵ Sénat, rapport de Jean Simonin (n° 46, 26 octobre 1989) et séance du 30 octobre 1989, discours de Paul Loridan, p. 2831.

imiter la procédure judiciaire de faillite civile du droit local en Alsace-Moselle (loi du 1^{er} juin 1924) qui était un héritage de la législation allemande de 1877, antérieure au retour à la France de ces territoires en 1918. La faillite civile apparaissait trop coûteuse avec la nomination d'un liquidateur et trop lourde à la fois pour l'appareil judiciaire et pour le débiteur. Il ne faut pas négliger néanmoins les effets de la transformation, par les lois des 13 juillet 1967, 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985 du droit des faillites (terme qui n'est plus utilisé depuis cette dernière loi) en droit des entreprises en difficultés. La discussion commença au Sénat qui avait proposé antérieurement la mise en place d'une procédure de déconfiture civile. Tout en reconnaissant le besoin de venir en aide aux « plus défavorisés », le rapporteur du Sénat souhaitait un équilibre avec les « valeurs de responsabilité et de liberté » pour limiter la remise de cause de contrats régulièrement conclus⁵⁶. La loi de 1989, intégrée dans le tout nouveau Code de la consommation en 1993, privilégiait la conciliation pour parvenir à un plan amiable de règlement du passif (reportant pour l'essentiel le paiement des dettes sur plusieurs années) et envisageait, de manière assez prudente, une seconde phase où le juge pouvait imposer ce rééchelonnement des dettes jusqu'à cinq ans, sans être en mesure d'effacer des créances, sauf dans le cas où la vente de l'immeuble du surendetté ne permettait pas de rembourser le créancier avec une hypothèque. Tous ces aménagements de dettes ne s'adressaient qu'à des débiteurs de bonne foi, le législateur ayant ainsi introduit une forme de jugement moral, laissant aux commissions et aux juges le soin d'apprécier que les demandeurs étaient de véritables « victimes » d'un abus de crédit, une idée qui n'était pas très éloignée d'une sorte de vulnérabilité liée à des contraintes extérieures.

Si le dispositif mis en place en 1989 rencontra un certain succès, avec 68 000 à 90 000 dossiers déposés par an et un taux de conciliation dépassant les 60 % de 1992 à 1994, il apparut aussi que le surendettement était moins dû à une consommation imprévoyante de crédits qu'à la détérioration de la situation sociale des débiteurs, notamment du fait du chômage. De ce fait, les plans d'aménagement de la dette ne pouvaient pas toujours être appliqués (conduisant à des réaménagements prolongeant la situation d'insolvabilité), tandis que les juges, chargés de réétudier les dossiers, étaient surchargés avec l'augmentation générale du contentieux devant les tribunaux d'instance. Sous le ministère Balladur de la seconde cohabitation, le Gouvernement fit voter un volet sur le surendettement dans la loi 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure. La

⁵⁶ Sénat, séance du 30 octobre 1989, *Journal officiel. Débats*, p. 2819.

nouvelle loi renforçait les pouvoirs de la commission pour tenter une solution amiable et, à défaut d'accord avec les créanciers, pour faire des recommandations désormais homologuées par les juges d'instance qui disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation. Les premières enquêtes montraient que les surendettés étaient plutôt jeunes (à l'opposé de l'idée que les vieillards seraient le premier groupe de personnes vulnérables) et majoritairement des ouvriers et des employés dont les revenus avaient chuté en raison du chômage ou d'une séparation (si les ménages restaient majoritaires, la part des familles monoparentales avec un ou plusieurs enfants à charge progressait). Les surendettés apparaissaient désormais comme des « personnes fragilisées dans leur situation économique »⁵⁷.

Bien que la loi de 1995 ait donné lieu à une relative stabilité du nombre de dossiers présentés et à une progression des conciliations, la gauche revenue au pouvoir en 1997, avec le gouvernement Jospin, souhaita intégrer le traitement du surendettement dans un projet de loi plus global « relatif à la lutte contre les exclusions », reprenant un thème qui avait déjà donné lieu à une concertation et à un projet sous le ministère de droite d'Alain Juppé. À nouveau, le Gouvernement et les parlementaires ont tenu compte du fait qu'une part croissante des personnes surendettées (plus de 40 %) étaient des victimes du chômage et des multi-endettés contraints souvent de vendre à bas prix un logement acheté avec un lourd emprunt⁵⁸. La nouveauté essentielle des articles 84 à 102 consacrés au surendettement dans la loi du 29 juillet 1998 était de permettre au juge, à la suite de l'échec des moratoires pendant une période de trois ans et d'une nouvelle recommandation de la commission, d'effacer des dettes (autres qu'alimentaires ou fiscales, art. 93), en portant ainsi atteinte au respect des contrats dans des situations jugées « extrêmes ». Il était de moins en moins question, comme dans les textes des années 1970 sur la consommation, des causes de vulnérabilité des personnes surendettées, l'attention étant portée aux effets d'exclusion de ces malheureux débiteurs.

L'accumulation des textes sur le surendettement se poursuit au XXI^e siècle. La loi « Borloo » du 1^{er} août 2003 pour la ville et la rénovation urbaine intègre un dispositif en faveur des débiteurs à la situation « irrémédiablement compromise » qui consiste dans une procédure judiciaire de « rétablissement personnel » offrant une « seconde chance » aux personnes endettées par la liquidation de leur patrimoine accompagnée de l'effacement de leurs dettes (y compris maintenant des

⁵⁷ Sénat, séance du 20 octobre 1994, *Journal officiel. Débats*, pp. 4536-4551 (notamment l'intervention du sénateur communiste Robert Pagès p. 4540) ; Rapport d'information des sénateurs Jean-Jacques Hystet et Lauridant, n° 60, 1997-1998.

⁵⁸ Rapport de la Commission Neiertz, Assemblée Nationale, 23 avril 1998.

dettes fiscales). Après avoir cherché à innover, le législateur français revenait à l'idée de s'inspirer des dispositifs de faillite civile du droit local d'Alsace Moselle ou des législations étrangères (Royaume-Uni, États-Unis, Danemark, Allemagne). Une grande partie des surendettés (autour de 40 %) étaient désormais des personnes (de plus en plus souvent isolées) dont les ressources étaient inférieures au revenu minimum d'insertion (RMI créé comme « filet de sécurité » en 1988 et transformé en Revenu Minimum d'Activité en décembre 2003)⁵⁹. La loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010 a créé une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire pour les personnes ne disposant pas de biens immeubles. Dans le cadre de la loi du 18 novembre 2016 sur « la modernisation de la justice du XXI^e siècle », les pouvoirs de la commission de surendettement ont été renforcés pour décharger les juges⁶⁰. La législation française, très complexe, sur le surendettement ne cible pas une population « vulnérable » qui aurait le « droit de ne pas payer ses dettes »⁶¹. Sur la base du critère de la bonne foi, elle vient en aide à des personnes aux très faibles revenus (employés, ouvriers, chômeurs, plus rarement personnes sans activité bénéficiant des minima sociaux) qui sont de plus en plus orientées vers la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, conduisant à l'effacement leurs dettes. Les personnes surendettées sont ainsi distinguées des consommateurs ordinaires bénéficiant d'autres types de protection dans le droit civil des contrats.

3.3. Tous consommateurs vulnérables ?

Dans les contentieux civils où se posent des questions de pratiques déloyales à l'égard des consommateurs, la prise en compte de l'état de vulnérabilité du consommateur agissant en justice paraît être en recul. On a pu le voir, d'abord, dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les loteries publicitaires. Depuis les deux dernières décennies du XX^e siècle se sont multipliés les courriers et les appels téléphoniques annonçant au destinataire qu'il ou elle avait gagné un lot (en argent ou en nature) à la suite d'un tirage au sort organisé, souvent avec la mention d'un huissier, entre des milliers de personnes. Certaines de ces loteries sont des arnaques,

⁵⁹ Rapport Pemezec, Assemblée Nationale, n° 1003, 2 juillet 2003 ; Avis du sénateur Jean-Jacques Hyst, n° 404 (2002-2003).

⁶⁰ G. PAISANT, *Droit de la consommation*, PUF, Paris, 2019, pp. 317-342.

⁶¹ G. HENAFF, « Le droit, pour un particulier, de ne pas payer ses dettes, un autre mythe moderne ? » in : J.-P. DOMIN et alii (dir.), *Au-delà des droits économiques et des droits politiques, Les droits sociaux ?*, L'Harmattan, Paris, 2008 pp. 291-303.

incitant les consommateurs à faire un achat alors qu'il leur est seulement promis (le plus souvent en petits caractères dans le courrier reçu) de participer à un nouveau tirage au sort. De telles pratiques tombent rarement sous le coup de la répression pénale, dans la mesure où les dispositions héritées de la loi de 1972 (et introduites dans le Code de la consommation) sur l'abus de faiblesse ne concernent que le démarchage à domicile et non les courriers (pour les appels téléphoniques l'abus de faiblesse est sanctionné depuis le code de la consommation de 1993). Les consommateurs, et les associations qui les soutiennent, se sont donc tournés vers les juges civils qui se sont efforcés de trouver les moyens de forcer les entreprises recourant à ces loteries publicitaires trompeuses à payer un dédommagement aux consommateurs abusés. Après avoir soutenu l'idée d'une responsabilité délictuelle (indemnisant seulement le préjudice créé par l'illusion d'un gain)⁶², puis d'un engagement unilatéral dénué d'ambiguïté⁶³, la Cour de cassation a choisi, depuis un arrêt du 6 septembre 2002, la solution audacieuse de considérer ces loteries comme des quasi-contrats, engageant par un « fait volontaire » l'entreprise annonçant un lot à le délivrer, sauf si le courrier introduisait un aléa de manière explicite⁶⁴. L'avis du premier avocat général, M. de Gouttes, donné dans cet arrêt du 6 septembre 2002, indique que les juridictions du fond ont pris en considération, dans l'immense majorité des cas, un consommateur « moyen », « normalement avisé », et rarement le caractère vulnérable d'une personne âgée⁶⁵. Alors que les témoignages reçus par les associations de consommateurs relèvent que les victimes des loteries publicitaires trompeuses sont majoritairement des personnes âgées, souvent avec de petites retraites, la jurisprudence civile s'est orientée vers une protection généralisée des consommateurs contre ces arnaques, sans s'attacher à ce critère de vulnérabilité ou à l'abus de l'état de faiblesse sanctionné pénalement⁶⁶. Cette tendance à protéger civile-

⁶² Civ². 7 juin 1990, Civ¹. 19 octobre 1999.

⁶³ Civ². 11 février 1998, *Bull. civ.* II, n° 55.

⁶⁴ Ch. mixte, 6 septembre 2002 ; Civ¹. 18 mars 2003, Civ¹ 23 juin 2011 (dans un cas où la victime était un greffier expérimenté) ; G. PAISANT, *op. cit.*, p. 99-100.

⁶⁵ Le texte de cet avis est disponible en ligne sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2002_1487/n_564_1587/jurisprudence_1588/cour_cassation_1589/titres_sommaires_arrets_4345.html (consulté le 26 avril 2021). Il cite un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 2 mars 1989 comme une exception tenant compte du « choc émotionnel » provoqué chez une personne âgée par cette annonce de gain.

⁶⁶ Sur la jurisprudence relative à l'abus d'état de faiblesse en matière de droit de la consommation, la fiche pratique de l'Institut national de la consommation (disponible sur <https://www.inc-conso.fr/content/abus-de-faiblesse-definition-et-recours>, consulté le 26 avril 2021) indique que cet état de faiblesse doit être préexistant au contrat, prouvé par des expertises (l'âge n'est pas en soi une preuve, ni même une présomption) et connu de l'auteur de l'infraction.

ment tous les consommateurs rejoint la jurisprudence qui s'est appuyée sur l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil relatif à l'exécution de bonne foi des contrats pour sanctionner le comportement d'un établissement financier poursuivant à contretemps un couple d'emprunteurs qui n'avait pas payé une échéance, mais dont la situation financière s'était depuis rétablie⁶⁷.

Les réformes législatives les plus récentes nous paraissent être allées dans le même sens. Tout en intégrant dans le droit français nombre de dispositions de la directive européenne du 25 octobre 2011⁶⁸, la loi « Hamon » du 17 mars 2014 a innové en introduisant l'action de groupe dans le droit français de la consommation et autorisé le Gouvernement à promulguer par ordonnance une nouvelle édition du Code de la consommation⁶⁹. La loi « Hamon » a fixé la définition (longtemps discutée en jurisprudence) du consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole (ce dernier qualificatif ayant été ajouté en 2016) ». Si tous les retraités, sans activité complémentaire, sont des consommateurs, tous les fonctionnaires, auxquels ces activités lucratives sont interdites, le sont aussi, ce qui montre l'étendue du critère de vulnérabilité, susceptible de justifier une protection civile. Il est significatif que l'exposé des motifs ait parlé de protéger les consommateurs « les moins avisés » contre le démarchage téléphonique et réservé l'emploi de l'expression « personnes vulnérables » aux victimes de l'infraction d'abus de faiblesse, dont les peines ont été alignées sur celles du Code pénal. Enfin la réforme du droit des contrats dans le Code civil, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 (ratifiée par la loi du 20 avril 2018), a introduit la notion de contrat d'adhésion dans la codification et réputé non écrite dans ces contrats toute clause « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (nouvel article 1171). Pour les contrats d'adhésion, la réforme de

⁶⁷ Civ¹ 31 janvier 1995 (*époux Bourdon*).

⁶⁸ La transposition d'une directive de 2005 et l'application de la jurisprudence de la CJUE ont également provoqué la dépenalisation de certaines loteries publicitaires par la loi du 20 décembre 2014 : G. PAISANT, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁹ Effectuée par l'ordonnance du 14 mars 2016, cette recodification a déplacé aux articles L 121-8 et suivants le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance d'un consommateur dans le cadre de ventes à domicile ou d'actes assimilés, en augmentant le plafond de l'amende encourue jusqu'à 375 000 €. L'article 223-15-2 du Code pénal reste applicable pour les abus de faiblesse ne résultant pas de ventes à domicile : pour un exemple où la « vulnérabilité de la victime était établie par une expertise psychiatrique qui a mis en évidence l'affaiblissement de ses défenses psychiques, lié à son âge et à son caractère impressionnable », Crim. 11 juillet 2017.

2016 a donc étendu à tous les contractants la protection contre les clauses abusives réservée jusqu'alors aux consommateurs et depuis 2008 aux commerçants (article 446-6 12° du Code de commerce issu de la loi du 4 août 2008). Dans la mesure où toutes les parties dans un contrat d'adhésion peuvent désormais invoquer cet article, toutes les victimes de clauses abusives peuvent être considérées comme des « personnes vulnérables ». Il y a là une dilution de cette notion venue du droit pénal. Si l'on fait la comparaison avec le fameux § 138.2 du Code civil allemand (BGB), sanctionnant la « lésion subjective » résultant de l'utilisation de la contrainte, de l'inexpérience, de l'état de nécessité ou de la faiblesse de volonté d'autrui, l'on peut considérer que le droit français n'a pas lié le rétablissement de l'équilibre dans les contrats à une situation de vulnérabilité, comme si la conception de l'égalité des droits, ancrée dans le Code civil depuis 1804, empêchait la prise en compte d'un critère concret de distinction entre les personnes majeures. Sans être indifférent, au cours des XIX^e et des XX^e siècles, à la situation des personnes vulnérables, le législateur français a finalement renoncé au XXI^e siècle, à en faire une catégorie du droit civil des contrats.